



Гловюк І. В.,
доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри кримінального процесу
Національного університету
«Одеська юридична академія»

ПРОКУРОР У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: КОНСТИТУЦІЙНА ТА ГАЛУЗЕВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ФУНКЦІОНАЛЬНОЇ СПРЯМОВАНOSTІ ДІЯЛЬНОСТІ

Стаття присвячена дослідженню проблеми співвідношення оновлених положень Конституції України та КПК України щодо функцій та повноважень прокурора у кримінальному провадженні. Указано, що приведення КПК України у відповідність до змін Конституції України потребуватиме змін методологічного та функціонального підходів щодо функцій прокурора, повноважень керівника органу досудового розслідування та істотної трансформації стадії досудового розслідування, інституту приватного обвинувачення та відшкодування шкоди у кримінальному провадженні. Запропоновано у КПК України передбачити кримінальне обвинувачення – як загальнооб'єднуюче для усіх форм обвинувачення, від якого може захищатися особа, і яке розглядається та вирішується судом; публічне обвинувачення – як таке, що підтримується прокурором; приватне обвинувачення, яке має у перспективі підтримуватися потерпілим. При цьому необхідна трансформація нормативної моделі приватного обвинувачення, слід повернутися до класичної моделі інституту приватного обвинувачення із чітким встановленням винятків щодо можливості його ініціації прокурором, коли обставини вчиненого кримінального правопорушення цього вимагають, і указавши, що у такому випадку це обвинувачення трансформується у публічне.

Ключові слова: прокурор, функція, публічне обвинувачення, приватне обвинувачення, процесуальне керівництво, нагляд, представництво.

Статья посвящена исследованию проблемы соотношения обновленных положений Конституции Украины и УПК Украины относительно функций и полномочий прокурора в уголовном производстве. Указано, что приведение УПК Украины в соответствие с изменениями Конституции Украины требует изменений методологического и функционального подходов к функциям прокурора, полномочиям руководителя органа досудебного расследования и существенной трансформации стадии досудебного расследования, института частного обвинения и возмещения вреда в уголовном производстве. Предложено в УПК Украины предусмотреть уголовное обвинение – как объединяющее для всех форм обвинения, от которого может защищаться лицо, и которое рассматривается и решается судом; публичное обвинение – как таковое, которое поддерживается прокурором; частное обвинение,

которое должно в перспективе поддерживаться потерпевшим. При этом необходима трансформация нормативной модели частного обвинения, следует вернуться к классической модели института частного обвинения с четким установлением исключений относительно возможности его инициации прокурором, когда обстоятельства совершенного уголовного правонарушения этого требуют, и указав, что в таком случае это обвинение трансформируется в публичное.

Ключевые слова: прокурор, функция, публичное обвинение, частное обвинение, процессуальное руководство, надзор, представительство.

Змінами, які були внесені до Конституції України Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», було уточнено конституційні функції прокуратури. Проте, зміни у цій частині до КПК України (стосовно функцій та повноважень прокурора) не внесено, що натепер викликає питання щодо їх кореляції. Питання функцій і повноважень прокурора у кримінальному провадженні на основі конституційних змін досліджувалися В.О. Гринюком, Ю.М. Дьомінім, А.В. Лапкіним, Г. Мамедовим, Н. Наулік, Л.О. Петровською, В.М. Тертишником, М.В. Чорноусько, І.І. Шульган, проте, системних досліджень проблематики кореляції усіх конституційної регламентації функцій прокуратури та положень КПК України ще не проводилося.

Відповідно, метою статті є визначення співвідношення положень Конституції України та КПК України щодо функцій та повноважень прокурора у кримінальному провадженні.

Конституційною функцією прокуратури є підтримання публічного обвинувачення в суді. КПК України не вживає цю термінологію, проте, використовує термінопоняття «державне обвинувачення». Не вдаючись до аналізу причин та сутності такої зміни, що, на наш погляд, вичерпно викладено у дослідженні В.О. Гринюка [1, с. 242–249], звернемо увагу на те, що Конституція вживає також термінопоняття «кримінальне обвинувачення» (ст.ст. 124, 131–2). Відповідно, потребує вирішення питання, яка термінологія має бути впроваджена у КПК України у контексті діяльності

саме прокурора. «Кримінальне обвинувачення» згадується у ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. У практиці ЄСПЛ «обвинувачення» має автономне значення; для прикладу, у справі «Ващенко проти України» Суд нагадав, що поняття «обвинувачення» для цілей пункту 1 ст. 6 може бути визначене як офіційне доведення до відома особи компетентним органом твердження про вчинення цією особою правопорушення, яке нормою загального характеру визнається осудним і за яке встановлюється відповідальність карного та попереджувального характеру [2].

В.О. Гринюком вірно зазначено, що КПК України оперує поняттям «державне обвинувачення», «приватне обвинувачення», причому прокурор підтримує і те, і інше обвинувачення. Разом з тим «автоматичне» перенесення конституційної термінології до КПК України, заміна ним терміну «державне обвинувачення» у ст.ст. 3, 36 КПК України може призвести до того, що підтримання приватного обвинувачення залишиться у правовому вакуумі, а прокурор буде такої можливості позбавлений, адже приватне обвинувачення є окремим різновидом обвинувачення і не входить як елемент до обвинувачення публічного. Відповідно, ця проблема може

вирішуватися або шляхом уточнення положень Глави 36 КПК України у контексті суб'єкта підтримання приватного обвинувачення (наприклад, визнання таким лише потерпілого), або, навпаки, визнання реальності публічних елементів провадження на основі Глави 36 КПК України, і визначення правової природи такого обвинувачення як особливого різновиду публічного [1, с. 249]. У попередніх дослідженнях нами вказувалося, що законодавець фактично відмовився від традиційного розуміння інституту приватного обвинувачення. Складно погодитися в цілому з найменуванням глави 36 КПК як «Кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення», оскільки потерпілим не ініціюється і не формулюється саме обвинувачення, а ініціюється початок кримінального провадження. Таким чином, ця форма кримінального переслідування приватною іменується умовно, оскільки диспозитивний характер має лише ініціація кримінального провадження (що не входить до кримінального переслідування) та ініціація його закінчення (шляхом відмови від обвинувачення). Відповідно, цей різновид кримінального переслідування доцільно поіменувати *публічно-приватним кримінальним переслідуванням* [3, с. 343], і розглядати як форму кримінального переслідування у межах загальної форми кримінального переслідування, поряд із публічним кримінальним переслідуванням. Але впровадження такої термінології з урахуванням чинних положень Конституції України видається неможливим, ураховуючи вжитий на конституційному рівні концепт «публічне обвинувачення».

Проте, ураховуючи конституційну термінологію щодо обвинувачення – «публічного» та «кримінального», можна запропонувати впровадити у КПК і те, і інше формулювання: кримінальне обвинувачення – як загальнооб'єднуюче для усіх форм обвинувачення, від якого може захищатися особа, і яке розглядається та вирішується судом; публічне об-

винувачення – як таке, що підтримується прокурором; при цьому необхідна трансформація нормативної моделі приватного обвинувачення, адже у чинній редакції підтримання приватного обвинувачення суперечить Конституції України. Відповідно, слід повернутися до класичної моделі інституту приватного обвинувачення із чітким встановленням винятків щодо можливості його ініціації прокурором, коли обставини вчиненого кримінального правопорушення цього вимагають, і указавши, на кшталт положень КПК 1960 р., що у такому випадку це обвинувачення трансформується у публічне.

Крім того, слід звернути увагу на те, що, як слушно зазначає А. В. Лапкін, у законопроекті «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» (в частині забезпечення реалізації функцій прокуратури)», (реєстр. № 5177 від 23.09.2016)» підтримання публічного обвинувачення визначається як «процесуальна діяльність прокурора від імені держави й у інтересах суспільства, що полягає у доведенні перед судом обвинувачення з метою забезпечення невідворотності кримінального покарання винної у вчиненні кримінального правопорушення особи». З одного боку, воно принципово не відрізняється від наявного у КПК визначення «підтримання державного обвинувачення», тому не розкриває сутності зміни терміну «державне обвинувачення» на «публічне обвинувачення». Крім того, існує в КПК визначення є більш коректним, оскільки вказує на мету підтримання державного обвинувачення як на «забезпечення кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення», тоді як законопроект формулює її як «забезпечення невідворотності кримінального покарання винної у вчиненні кримінального правопорушення особи». Однак зазначений законопроект не враховує того факту, що для забезпечення цієї мети прокурор має спершу дове-

сти вину особи. Крім того, його метою, як і завданням кримінального провадження в цілому, є притягнення винної особи до кримінальної відповідальності, а не забезпечення її кримінального покарання, адже законом закріплено можливість як звільнення особи від кримінальної відповідальності (у реалізації підстав для якого прокурор бере безпосередню участь відповідно до ст. ст. 285–289 КПК України), так і від покарання [4, с. 143–144]. Тобто у визначенні публічного обвинувачення має бути врахована його різниця із державним обвинуваченням. Крім того, як видається, у якості мети можливо запропонувати «забезпечення державного осуду її діяння (у формі констатації винуватості особи / вчинення нею іншого діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, кримінальної відповідальності та/або застосування до неї інших заходів кримінально-правового характеру) та належної реалізації наслідків такого осуду» [3, с. 699].

Значно більше питань викликає функція прокуратури здійснювати *«організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку»*. По-перше, є питання щодо термінології «органи правопорядку», адже у чинному законодавстві вони не визначені [5]. У Кодексі поведінки службовців органів правопорядку (затвердженому резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № 34/169 від 17.12.1979) зазначено, що поняття «службовці органів правопорядку» включає в себе всіх офіцерів правопорядку, призначених або обраних, які мають поліцейські повноваження, особливо повноваження на затримання або взяття під варту. В країнах, де поліцейські повноваження виконують представники військових служб в уніформі або без неї, або органи державної безпеки, визначення службовця органів правопорядку повин-

но бути таким, що включало б службовців таких органів [6]. По-друге, таке формулювання викликає необхідність повної зміни підходів щодо організації досудового розслідування, що у КПК покладено на керівника органу досудового розслідування, а у Конституції України – на прокуратуру, причому наразі невідомо, яким шляхом піде законодавець, і на кого саме він покладе комплекс організаційних повноважень – на прокурора-процесуального керівника, на прокурора вищого рівня або на керівника органу прокуратури, і, як наслідок, чи залишиться необхідність у такому учасникові кримінального провадження, як керівник органу досудового розслідування. По-третє, формулювання «нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями» не враховує, що у КПК вживається термін «слідчі (розшукові)» дії у контексті дій, які мають ґносеологічну спрямованість, а перелік розшукових дій у КПК відсутній; при цьому у Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» вживається формулювання «оперативно-розшукові заходи». В.М. Тертишник у зв'язку з цим вказує, що концепт КПК України, за якого в назві глави 20 в якості єдиної об'єднуючої дефініції вводиться поняття «слідчі (розшукові) дії», є невірним, таким, що не відповідає Конституції України. КПК України в цьому аспекті має приводитись у відповідність із нормами Конституції України, а, отже, в главі 20 пізнавально-доказову діяльність потрібно регламентувати шляхом юридичної визначеності двох окремих процедур – «слідчих дій» і «негласних слідчих дій». Розшукові дії доцільно регламентувати в законодавстві про оперативно-розшукову діяльність [7, с. 149]. Тобто об'єкт прокурорського нагляду, з урахуванням цих зауважень, наразі незрозумілий.

По-четверте, дивним виглядає, що прокурор здійснює нагляд лише за частиною процесуальних дій слідчого, а за такими процесуальними діями, як початок досудового розслідування, застосування заходів забезпечення кримінального

провадження, повідомлення про підозру, зупинення досудового розслідування, закінчення досудового розслідування, при здійсненні міжнародного співробітництва у кримінальному провадженні – нагляд не здійснюється. Логічно ставить питання В. М. Тертишник: «Чи може прокурор наглядати за законністю застосування арешту й інших запобіжних заходів, рішеннями слідчого, наприклад, про початок чи закриття кримінального провадження та внесення відповідних відомостей до ЄРДР, тобто за законністю процесуальних дій, які не відносяться до слідчих і розшукових?» [7, с. 149]

По-п'яте, спроба так розмежувати функції прокурора у досудовому розслідуванні у КПК України у майбутньому не враховує, що, по-перше, у літературі є науковий напрямок, який визнає процесуальне керівництво формою нагляду прокурора, по-друге, те, що навіть серед прибічників їх розмежування немає усталеної позиції щодо критеріїв розмежування повноважень прокурора з нагляду та з керівництва досудовим розслідуванням. Відмітимо, що нами вже пропонувалося визначення процесуального керівництва прокурора досудовим розслідуванням: це регламентована нормами кримінального процесуального законодавства цілеспрямована діяльність прокурора щодо організації ефективного та оперативного процесу розслідування для всебічного, повного і неупередженого дослідження обставин кримінального провадження, спрямування процесуальних дій та забезпечення дотримання вимог закону при провадженні процесуальних дій та прийнятті процесуальних рішень з метою досягнення завдань кримінального провадження та завдань нагляду за додержанням законів при проведенні досудового розслідування (дізнання та досудового слідства) шляхом прийняття процесуальних рішень та забезпечення їх виконання [3, с. 556–557], що свідчить про те, що керівництво вже має елемент організації.

М. В. Черноусько, аналізуючи проект Закону України «Про внесення змін

до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» (в частині забезпечення реалізації функцій прокуратури)» № 5177 від 23.09.2016, зазначає, що сформульовані визначення виявилися не зовсім вдалимими та такими, що суперечать одне одному. Передусім, маємо на увазі відсутність у визначенні процесуального керівництва (в частині викладу мети його здійснення) вказівки на виконання завдань кримінального провадження, тоді як у визначенні організації досудового розслідування таку мету зазначено. Як видається, реалізація останньої є невід'ємною та беззаперечною у діяльності процесуального керівника не лише в теоретичній, але й у практичній площині [8, с. 96].

Вказує на недоліки визначень у цьому ж проекті А. В. Лапкін, зазначаючи, що процесуальне керівництво досудовим розслідуванням визначається як «процесуальна діяльність прокурора, спрямована на забезпечення ефективного досудового розслідування у конкретному кримінальному провадженні», а організація досудового розслідування – як «діяльність прокурора з вжиття організаційно-розпорядчих та процесуально-правових заходів під час досудового розслідування з метою забезпечення виконання завдань кримінального провадження». Проте запропоновані ним формулювання фактично дублюють одне одного, оскільки і щодо першого, і щодо другого йдеться про процесуальну діяльність прокурора, спрямовану на досягнення завдань досудового розслідування. Намагання розмежувати ці поняття шляхом визначення організації досудового розслідування як «вжиття організаційно-розпорядчих заходів» породжує питання про зміст цих заходів, які мають бути визначені у ст. 36 КПК на рівні відповідних повноважень прокурора. Загалом, покладення на прокурора організаційно-розпорядчих повноважень щодо досудового розслідування вступає

у колізію з визначенням у ст. 39 КПК статусом керівника органу досудового розслідування, який згідно із ч. 1 цієї статті організовує досудове розслідування. Оскільки законопроект не передбачає змін до ч. 1 ст. 39 КПК, то запропоноване формулювання статусу прокурора дублюватиме процесуальний статус керівника органу досудового розслідування, що на практиці вестиме до паралелізму у їх роботі і ускладнення міжвідомчої взаємодії. Таким чином, визначення поняття «організація досудового розслідування» потребує удосконалення з метою його відмежування від процесуального керівництва досудовим розслідуванням і розмежування повноважень прокурора та керівника органу досудового розслідування [4, с. 144–145].

Представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом, як конституційна функція прокуратури, ставить під сумнів можливість реалізації натеper та існування у майбутньому таких повноважень прокурора, як пред'являти цивільний позов в інтересах громадян. Адже п. 12 ст. 36 КПК передбачає, що прокурор уповноважений пред'являти цивільний позов в інтересах держави та громадян, які через фізичний стан чи матеріальне становище, недосягнення повноліття, похилий вік, недієздатність або обмежену дієздатність неспроможні самотійно захистити свої права. І хоча ст. 128 КПК суперечить цій статті, адже звужує повноваження прокурора у цій сфері (закріплюючи, що цивільний позов може бути поданий прокурором у випадках, встановлених законом, також в інтересах громадян, які через недосягнення повноліття, недієздатність або обмежену дієздатність неспроможні самотійно захистити свої права), проте, натеper такі повноваження, існуючи у КПК, суперечать Конституції України. Хоча саме у кримінальному провадженні такі повноваження прокурора необхідні, а «підвести» їх під дві інші конституційні функції прокуратури ніяк не вийде.

Таким чином, єдиним виходом із цієї ситуації буде нормативне забезпечення професійного правничого представництва потерпілого як мінімум в інтересах громадян, які через фізичний стан, похилий вік, недієздатність або обмежену дієздатність неспроможні самотійно захистити свої права.

Отже, приведення КПК у відповідність до змін Конституції України потребуватиме змін методологічного та функціонального підходів щодо функцій прокурора, повноважень керівника органу досудового розслідування та істотної трансформації стадії досудового розслідування, інституту приватного обвинувачення та відшкодування шкоди у кримінальному провадженні. У зв'язку з цим пропонуємо у КПК України передбачити кримінальне обвинувачення – як загальнооб'єднуюче для усіх форм обвинувачення, від якого може захищатися особа, і яке розглядається та вирішується судом; публічне обвинувачення – як таке, що підтримується прокурором; приватне обвинувачення, яке має у перспективі підтримуватися потерпілим. При цьому необхідна трансформація нормативної моделі приватного обвинувачення, слід повернутися до класичної моделі інституту приватного обвинувачення із чітким встановленням винятків щодо можливості його ініціації прокурором, коли обставини вчиненого кримінального правопорушення цього вимагають, і указавши, на кшталт положень КПК 1960 р., що у такому випадку це обвинувачення трансформується у публічне.

У силу відсутності на рівні Конституції України повноваження прокурора щодо представництва інтересів громадянина, слід передбачити у КПК України та Законі України «Про безоплатну правову допомогу» обов'язкове нормативне забезпечення професійного правничого представництва потерпілого як мінімум в інтересах громадян, які через фізичний стан, похилий вік, недієздатність або обмежену дієздатність неспроможні самотійно захистити свої права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. *Гринюк В.О.* Функція обвинувачення в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та практичні проблеми реалізації: дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність. Київ, 2017. 453 с.
2. Справа «Ващенко проти України» (Заява № 26864/03). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_401
3. *Гловюк І.В.* Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р.: монографія. Одеса: Юридична література, 2015. 712 с.
4. *Латкін А.В.* Деякі проблеми визначення термінології щодо діяльності прокурора у кримінальному провадженні у зв'язку зі зміною конституційної регламентації функцій прокуратури. Сучасні проблеми правового, економічного та соціального розвитку держави: тези доп. V Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 18 листоп. 2016 р.). Харків, 2016. С. 142–145.
5. *Ярмиш Н.* Зміст терміна «органи правопорядку», використаного у статті 131–1 Конституції України. Вісник Національної академії прокуратури України. 2016. № 4. С. 79–84.
6. Кодекс поведінки службовців органів правопорядку (затвердженому резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № 34/169 від 17 грудня 1979 року). URL: http://pravo.org.ua/files/Criminal%20justice/PS_05_4_2_001.pdf
7. *Тертишник В.* Принцип юридичної визначеності та проблеми подолання юридичних колізій, прогалин і конкуренції правових норм у системі кримінально-процесуального права. Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2017. № 3. С. 147–154. URL: <http://www.chasopysnapu.gp.gov.ua/ua/pdf/3–2017/tertyshnyk.pdf>
8. *Чорноусько М.В.* Кримінально-процесуальний закон та Конституція України: деякі аспекти відповідності. Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої до 70-річчя д.ю.н., професора Юрія Павловича Алєніна, м. Одеса, 21 квітня 2017 р. / за ред. Г.О. Ульянової, І.В. Гловюк; відп. за вип. І.В. Гловюк; уклад. В.А. Завтур; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.» [та ін.]. Одеса: Юридична література, 2017. С. 95–98.

Hloviuk I. Prosecutor in criminal proceedings: constitutional and branch regulation of the functional orientation

The article is devoted to the research of the issue of relation between renewed provision of the Constitution of Ukraine and CPC of Ukraine regarding to functions and powers of the prosecutor within criminal proceedings. It is pointed that reconciliation between CPC of Ukraine and the changes made to the Constitution of Ukraine would require the shift in methodological and functional approaches to the prosecutor's functions, head of pre-trial agency powers and significant transformation of the pre-trial investigation stage, private prosecution, and compensation of damage in criminal proceedings. It is proposed to provide in the CPC of Ukraine the notion of criminal proceedings as a unified to all forms of prosecution against which a person can defend itself and which is decided by a court; public prosecution as a prosecution which is upheld by a prosecutor; private prosecution as a prosecution which is upheld prospectively by a victim. In addition, the normative model of private prosecution needs transformation, the classic model of private prosecution should be brought back with the accurate list of exclusions regarding the possibility of their initiation by a prosecutor when the circumstances of the committed criminal offence require it and to point that in such case the prosecution is transforming into public.

Due to the absence of prosecutor's power to represent the interests of citizens in the Constitution of Ukraine the obligatory normative security of professional legal representation of a victim should be provided in the CPC of Ukraine as well as in the Law of Ukraine 'On free legal aid' at least in the interest of citizens which, due to their physical condition, old age, incapacity or limited legal capacity, cannot protect their rights on their own.

Keywords: prosecutor, function, public prosecution, private prosecution, procedural guidance, supervision, representation.

Стаття надійшла до редакції журналу 12.11.2017 р.